



Référence : *La commissaire de la concurrence c Air Canada*, 2012 Trib conc 20

N° de dossier : CT-2011-004

N° de document du greffe : 173

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET AFFAIRE CONCERNANT la coentreprise transfrontalière proposée entre Air Canada et United Continental Holdings, Inc;

ET AFFAIRE CONCERNANT l'«accord de coopération en matière de commercialisation» entre Air Canada et United Air Lines, Inc;

ET AFFAIRE CONCERNANT l'«accord d'expansion d'alliance stratégique» entre Air Canada et United Air Lines, Inc;

ET AFFAIRE CONCERNANT l'«accord d'alliance stratégique Air Canada/Continental» entre Air Canada et Continental Airlines Inc;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ou plusieurs ordonnances en vertu des articles 90.1 et 92 de la *Loi sur la concurrence*;

E N T R E :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

**Air Canada, United Continental Holdings, Inc, United Air Lines, Inc,
et Continental Airlines Inc**
(défenderesses)

et

WestJet (partenaire de l'Alberta)
(intervenante)

Date de l'audience : Le 22 août 2012

Devant le membre judiciaire : Monsieur le juge Rennie (président)

Date des motifs et de l'ordonnance : Le 14 septembre 2012

Motifs et ordonnance signés par : Monsieur le juge D. Rennie (président)



**MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE CONCERNANT LA PORTÉE DE
L'INTERROGATOIRE PRÉALABLE À FOURNIR PAR LES DÉFENDERESSES**

[1] La commissaire de la concurrence a présenté une requête en vue d'une ordonnance contraignant les défenderesses à répondre aux engagements, aux refus et aux questions pris en délibéré lors des interrogatoires préalables. La commissaire a aussi présenté une demande en vue d'obtenir une ordonnance visant la radiation des défenses fondées sur les gains en efficience énoncées dans les réponses. Pour les motifs qui suivent, la requête est accueillie en partie.

I. QUESTIONS EN LITIGE

[2] La première question en litige soulevée dans le cadre de la présente requête est de savoir si les renseignements sollicités par la commissaire concernant les deux documents que les défenderesses lui ont fournis le 9 juin 2011 et qui décrivent les gains en efficience prétendument relatifs à la coentreprise transfrontalière contestée sont protégés.

[3] La deuxième question en litige est de savoir si certaines des questions qui ont été posées par l'avocat de la commissaire pendant les interrogatoires préalables ont fait l'objet d'une réponse incorrecte de la part des défenderesses ou si ces dernières ont refusé d'y répondre sans motif valable. La dernière question en litige soulevée dans le cadre de la présente requête est de savoir si les défenses fondées sur les gains en efficience avancées par les défenderesses dans leurs réponses devraient être radiées en raison de la violation alléguée de l'ordonnance fixant l'échéancier du 6 mars 2012, ou si certains changements devraient être apportés aux délais établis dans cette ordonnance.

II. FAITS

[4] Le 29 avril 2011, les avocats d'Air Canada ont écrit par courriel aux avocats de la commissaire, leur demandant de rencontrer le Bureau de la concurrence pour discuter de la coentreprise transfrontalière entre Air Canada et United Continental Holdings, Inc. Dans ce même courriel, ils proposaient que les discussions fussent limitées à des « discussions sous toutes réserves ».

[5] L'avocat de la commissaire de la concurrence a explicitement rejeté toute discussion sous toutes réserves dans un courriel daté du 4 mai 2011. Cette réponse a été envoyée aux avocats d'Air Canada et à l'avocat de United Continental Holdings, Inc, United Air Lines, Inc, et Continental Airlines Inc (appelées collectivement « UCH ») :

Dans la mesure où les parties souhaitent faire des gains en efficience quantifiables ou présenter des arguments concernant la coentreprise transfrontalière afin de se conformer à nos lois et à notre jurisprudence, nous aimerions recevoir tous ces arguments avant le 25, afin que nous puissions commencer à les assimiler avant la rencontre. Comme on vous l'a indiqué à plusieurs reprises, dans la mesure où les parties souhaiteraient que le Bureau examine des renseignements en particulier dans le cadre de son examen approfondi, le Bureau doit être en mesure de se fier à ces renseignements et refuse donc d'examiner des renseignements qui lui ont été fournis sous toutes réserves [notre traduction].

[Non souligné dans l'original.]

[6] La correspondance subséquente de la part des avocats des défenderesses ne mentionne aucunement la position prise par la commissaire ci-dessus.

[7] Le 9 juin 2011, les défenderesses ont communiqué à la commissaire, par l'entremise de leurs avocats, une lettre résumant des économies de coûts ainsi qu'un rapport sur les gains en efficacité préparé par Compass Lexecon (**collectivement « les documents sur les gains en efficacité »**). Les documents sur les gains en efficacité rendent compte des gains en efficacité que les défenderesses s'attendaient à engendrer en créant de la coentreprise transfrontalière. Ni le courriel dans lequel les documents sur les gains en efficacité étaient joint ni la lettre signée par l'avocat ne portait la mention « sous toutes réserves ». La mention « sous toutes réserves » a seulement été trouvée dans une section moins qu'évidente de la première page du rapport sur les gains en efficacité de Compass Lexecon, en caractères inhabituellement petits.

[8] Les parties se sont rencontrées le 9 juin 2011. L'avocat de la commissaire reconnaît que le but de cette rencontre était, en partie, de discuter du règlement.

[9] Le 27 juin 2011, la commissaire a déposé un avis de demande en vertu des articles 90.1 et 92 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, contestant l'établissement de la coentreprise transfrontalière proposée ainsi que les accords conclus par les défenderesses. Une ordonnance fixant l'échéancier a été rendue le 6 mars 2012.

[10] Les documents sur les gains en efficacité étaient inclus dans l'affidavit de documents que UCH a fourni à la commissaire. À deux reprises, des documents déposés par inadvertance ont été identifiés par UCH. Les documents sur les gains en efficacité n'ont jamais été mentionnés parmi les documents déposés par inadvertance.

III. ANALYSE

Question en litige 1 : privilèges

[11] À la fin des interrogatoires préalables, l'avocat de la commissaire a présenté un nombre de questions, par écrit, découlant des documents sur les gains en efficacité. Notamment :

- Fournir l'horaire de vol initial et l'horaire de vol optimisé;
- Fournir une description détaillée de la méthodologie utilisée pour déterminer si un vol prévu à l'horaire de vol initial pouvait être consolidé. Si un programme informatique a été utilisé pour déterminer cette consolidation, fournir un exemplaire de ce programme informatique et une copie de l'algorithme qui explique la logique opérationnelle appliquée dans les systèmes informatiques [...];
- Fournir tous les documents qui ont été utilisés pour déterminer et quantifier les préférences des consommateurs concernant les heures de départ en élaborant et en analysant tous les horaires de vol initiaux et optimisés;
- Fournir tous les éléments liés aux coûts et leurs coûts unitaires correspondants, tous les calculs, tous les modèles (dans leur format d'origine) ainsi qu'une description détaillée de toutes les méthodologies qui ont été utilisées pour calculer les économies de coûts pour chaque catégorie de coût de chaque horaire de vol initial ou optimisé.

[12] Les défenderesses font valoir que les renseignements sollicités par la commissaire à l'égard des documents sur les gains en efficience sont protégés au titre du privilège relatif au litige, du privilège relatif au produit du travail et du privilège relatif à la transaction.

[13] Je suis d'avis que les documents sur les gains en efficience eux-mêmes ne sont pas protégés. Les défenderesses ont volontairement fourni les documents sur les gains en efficience à la commissaire et, compte tenu des circonstances dans la présente affaire, elles ne peuvent pas invoquer subséquemment le privilège relatif au produit du travail ou du privilège relatif au litige (voir, par exemple, *The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles, Aurora (Ont), Canada Law Book, 2006, par Robert Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, à la page 12-3 ainsi que *Browne (Litigation guardian of) c Lavery*, 58 OR (3d) 49, au para 17).

[14] Les éléments de preuve présentés établissent également que les défenderesses ont renoncé à tout privilège relatif à la transaction qui aurait pu exister à l'égard des documents sur les gains en efficience. La commissaire a explicitement rejeté la possibilité d'accepter des renseignements sous toutes réserves. Les défenderesses n'ont pas contesté cette position et la rencontre s'est tenue sans condition. Même si l'avocat d'Air Canada avait présenté des éléments de preuve par affidavit relevant du oui-dire concernant les discussions entre le Bureau et les avocats, ils ne suffisent pas du tout pour établir que la commissaire avait renoncé à sa position et l'avocat en question a décidé, avec raison, de ne pas avancer d'arguments en se fondant sur ces éléments de preuve.

[15] En l'absence d'éléments de preuve montrant qu'une entente explicite avait été conclue entre les défenderesses et la commissaire à l'égard de cette affaire, je conclus que les défenderesses ont renoncé à tout privilège qui aurait pu autrement exister à l'égard des documents sur les gains en efficience; voir *Directeur des enquêtes et recherches c Washington*, 1996, 70 CPR (3d) 324. Comme je conclus que Air Canada et UCH ont toutes deux renoncé aux privilèges, il n'est pas nécessaire d'aborder les arguments présentés par Air Canada relativement au privilège de l'intérêt commun.

[16] Les avocats des défenderesses soutiennent que l'on devrait distinguer les documents sur les gains en efficience des produits du travail des experts sous-jacents et font valoir que, en visant à obtenir des renseignements sur les documents sur les gains en efficience, la commissaire sollicite en réalité un interrogatoire préalable des experts des défenderesses.

[17] Compte tenu des circonstances de la présente affaire, je suis d'avis que les défenderesses ont refusé de répondre convenablement aux questions complémentaires de la commissaire concernant les documents sur les gains en efficience.

[18] L'importance du privilège relatif au litige est établie dans la jurisprudence. Afin d'atteindre son objectif de veiller à l'efficacité du processus accusatoire, les parties au litige doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, y compris en ce qui a trait à la préparation des opinions d'experts, « sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée » (*Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] CSC 39 au para. 27).

[19] Selon les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, sur lesquelles je m'appuie en vertu de la règle 34 des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141 (voir la règle 238 des *Règles des Cours fédérales* et l'affaire *Conseil canadien des ingénieurs c Memorial University of Newfoundland* (1998), 159 FTR 55), aucun interrogatoire d'expert n'a lieu avant la tenue d'une audience. Le rapport d'expert est un travail en cours et les défenderesses ont, en vertu de l'ordonnance fixant l'échéancier du 6 mars 2012, jusqu'au 12 octobre 2012 pour signifier leurs rapports d'experts.

[20] La jurisprudence reconnaît que le privilège relatif au litige, en ce qui concerne les experts, prend fin dans le cadre de deux circonstances : (i) lorsqu'il y a renonciation de façon délibérée et (ii) lorsque l'expert témoigne. Toutefois, Hubbard fait remarquer que la question de savoir si un expert doit produire des documents de travail sous-jacents et, le cas échéant, à quel moment, fait souvent l'objet de litiges (*The Law of Privilege in Canada*, aux pages 12 à 64) :

La question relative à la divulgation des rapports d'expert et des données étayant ces rapports est l'une des questions les plus susceptibles de faire l'objet d'un litige dans le domaine du privilège relatif au litige. La question est souvent de savoir si la production d'un rapport d'expert (qui est normalement exigée par les règles de la cour) ou la production de l'expert au procès pour témoigner signifie qu'il y a eu renonciation au privilège relatif aux autres documents qui ont servi à la préparation du rapport ou du témoignage. Le moment opportun pour en faire l'exigence est aussi un problème fréquent, puisque dans certaines instances la divulgation est seulement possible lorsque l'expert est cité à comparaître, alors que d'autres instances exigent que les renseignements sous-jacents soient divulgués une fois que le rapport est produit (ce qui signifie habituellement que l'expert sera cité à comparaître, bien que ce ne soit pas toujours le cas) [notre traduction].

[21] À mon avis, il est préférable de laisser le membre président l'audience trancher ces questions.

[22] En l'espèce, compte tenu des principes d'équité et d'uniformité, des lois pertinentes et de l'ordonnance fixant l'échéancier rendue par le Tribunal, je conclus que les défenderesses ne sont pas, pour le moment, tenues de répondre aux 22 questions de la commissaire concernant les documents sur les gains en efficience. Une ordonnance contraire en reviendrait, dans les faits, à autoriser la commissaire à procéder à l'interrogatoire préalable d'un expert. Bien que les *Règles du Tribunal de la concurrence* et les *Règles des Cours fédérales* exigent un interrogatoire préalable complet et évolutif, elles ne visent pas la divulgation du travail en cours d'un expert, à moins qu'il y ait renonciation à ce privilège.

Question en litige 2 : questions refusées incorrectement ou dont la réponse est incorrecte

[23] La première catégorie de questions contestée se rapporte aux données et aux documents relatifs à une période de 17 ans du 1^{er} janvier 1995 au 31 mai 2012 (la « **période visée dans la demande** ») et aux « itinéraires visés dans la demande », incluant tout itinéraire indirect qui commence dans un aéroport canadien, comprenant un segment de vol transfrontalier, et se termine dans un aéroport qui n'est pas canadien. La question de savoir si une question donnée est recevable repose essentiellement sur les faits (voir *Canada c Lehigh Cement Limited*, 2011 CAF 120, au para 25).

[24] Les défenderesses soutiennent que le fait de répondre à ces questions constituerait un fardeau considérable et disproportionné. Il est énoncé dans les éléments de preuve par affidavit déposés au nom d’Air Canada que « rouvrir la procédure afin de répondre à la demande de la commissaire nécessiterait qu’une quantité significative de documents additionnels soient collectés puis examinés par un grand nombre de “responsables” supplémentaires chez Air Canada » [notre traduction]. Aucune autre mention de ce travail supplémentaire n’est faite dans cet affidavit ou dans l’affidavit déposé au nom de UCH.

[25] Après avoir examiné les questions, je conclus qu’il n’est pas nécessaire de répondre à neuf des questions appartenant à cette catégorie, puisqu’elles ont une portée trop large et nécessiteraient qu’une quantité considérable de données soit transmise relativement à un nombre indéfini de vols pour une période s’étalant sur 17 ans. Ces questions sont les suivantes :

- AC A-28;
- AC A-48/ UCH A-WI-1;
- AC A-50/UCH A-WI-3;
- AC A-51;
- AC A-52/UCH A-WI-5;
- AC A-76/UCH A-WI-29;
- AC A-88/UCH A-WI-41;
- AC A-91/UCH A-WI-44; et
- AC R-10

[26] Il convient de répondre à la question AC A-54, qui demande à Air Canada de « fournir tous les dossiers qui ont été préparés dans le cadre de la période visée dans la demande pour l’évaluation, l’analyse, la prévision ou la modélisation de la demande d’un service de transport de passagers aérien transfrontalier entre le Canada et les États-Unis » [notre traduction]. Même si j’accepte la position d’Air Canada concernant le fardeau, je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse ici d’un fardeau disproportionné compte tenu de la pertinence de ces renseignements à la question en litige.

[27] La deuxième catégorie de questions contestées concerne les questions auxquelles les défenderesses ont refusé de répondre pour des motifs relatifs à la pertinence et à la proportionnalité. Je conclus que les questions posées par la commissaire en lien avec ces sujets sont pertinentes puisqu’il y a une possibilité raisonnable qu’elles puissent mener à l’obtention de renseignements qui pourraient directement ou indirectement permettre à la commissaire de faire valoir ses arguments ou de réfuter ceux de ses adversaires, ou encore la lancer dans une enquête qui pourrait produire l’un ou l’autre de ces effets (voir *Canada c Lehigh Cement Limited*, 2011 CAF 120, au para. 34). Par ailleurs, les questions à l’égard de ces sujets étaient appropriées et n’auraient imposé aucun préjudice indu aux défenderesses.

- Les renseignements concernant les marchés et les dossiers de UCH qui appuient ou qui contredisent la prétention selon laquelle les vols transfrontaliers indirects remplacent les vols transfrontaliers directs (questions AC A-17; R-17; R-14; et UCH A-42).
- Les renseignements concernant les répercussions sur les tarifs de l’intégration complète de Continental Airlines, Inc, à titre de membre de la Star Alliance (question AC A-85 (i)).
- Seuls les renseignements concernant les sommes d’argent qu’Air Canada dépense pour l’aéroport Pearson, attribuable au fait que l’aéroport Pearson est l’un des carrefours visés dans le cadre de la coentreprise transfrontalière (question AC A-33; il n’est pas nécessaire

de répondre à la question AC A-32).

- Les renseignements concernant les stratégies de prix antérieures d'Air Canada (question AC R-4) et les documents détaillant les tarifs des vols (question AC R-2).
- Les renseignements concernant la collaboration des défenderesses sur le plan des vols transfrontaliers directs entre le Canada et les États-Unis (question AC A-53).
- Les statistiques concernant la coentreprise A++ (questions AC A-30 et A-31).
- Les renseignements concernant les salaires et les avantages sociaux des équipages de conduite et des équipages de cabine chez Air Canada, ainsi que la répartition par ancienneté et les conventions collectives (questions AC A-65; A-66; A-67; A-68; A-69; A-70; et A-72).
- Les renseignements relatifs à certaines projections précises d'Air Canada concernant la mise en œuvre de la coentreprise transfrontalière proposée (questions AC A-92 et A-93).

[28] Air Canada n'est pas tenue de répondre à la question R-15, qui lui demande d'« indiquer si, en date du 18 mars 2009, il était plus économiquement rationnel pour Air Canada de faire concurrence avec United ou de collaborer avec cette dernière, en ce qui a trait au rendement » [notre traduction], ni à la question A-16, puisque ces questions sollicitent une opinion subjective.

[29] Il n'est pas nécessaire de répondre à la question AC A-85 (ii), puisque la commissaire n'a pas établi la pertinence de la question concernant une acquisition qui s'est produite il y a plus d'une décennie.

[30] Il n'est pas nécessaire de répondre à la question U-32, qui demande à Air Canada de « fournir les chiffres relatifs aux parts de marché qui, selon Air Canada, sont corrects » [notre traduction], puisqu'elle sollicite une opinion subjective. Si la question avait été formulée correctement, elle demanderait à Air Canada de fournir les renseignements en sa possession témoignant de sa compréhension de sa part du marché à un moment donné.

[31] Il n'est pas nécessaire de répondre à la question R-6 dans laquelle la commissaire demande d'obtenir un accès au programme informatique « Profit AB ». L'avocat d'Air Canada a expliqué que le programme en question n'est plus utilisé.

[32] Je suis d'accord avec les avocats de la commissaire sur le fait que les défenderesses n'ont répondu qu'en partie aux questions U-31, A-13, A-27, U-42, A-89 et A-90 et qu'il est nécessaire de répondre à ces questions de façon plus détaillée. Comme Air Canada ne s'est pas opposée à la question A-49, il faudra aussi y répondre.

[33] Enfin, je suis d'accord avec l'avocat de UCH sur le fait que la réponse à la question A-19 (« Fournir les renseignements sur les dossiers concernant les profits et les pertes engendrés pour chaque vol, dans son format mensuel usuel, depuis 1995 ») est satisfaisante et qu'il n'est pas nécessaire de fournir plus de détails compte tenu de la portée de la question.

Question en litige 3 : réparation appropriée

[34] La demande de la commissaire visant une ordonnance en vue de radier les défenses fondées sur les gains en efficience énoncées dans les réponses est rejetée. Le fardeau sur la partie demandant une radiation est lourd et la commissaire n'a pas réussi à établir un lien clair entre la

réparation demandée et le fait que les défenderesses n'ont pas communiqué certains renseignements particuliers (voir *Apotex Inc c Syntex Pharmaceutical International Ltd.*, 2005 CF 1310, confirmé par 2006 CAF 60). Accorder une telle réparation dans les circonstances serait, comme le soutient l'avocat des défenderesses, « draconien » et disproportionné par rapport au préjudice découlant d'un retard causé par les défenderesses en répondant ainsi aux questions.

[35] Même si je suis d'accord sur le fait que les défenderesses auraient pu répondre à certaines des questions en suspens dans un délai plus acceptable, je ne suis pas prêt à conclure, compte tenu des circonstances de la présente affaire, qu'il y a eu violation de l'ordonnance fixant l'échéancier de la part des défenderesses. L'ordonnance fixant l'échéancier envisageait expressément la possibilité de déposer des requêtes concernant les réponses aux engagements et aux refus et, compte tenu des faits particuliers dans la présente affaire, il pourrait être approprié de qualifier les progrès actuels comme faisant partie de la progression normale de l'affaire.

[36] Les défenderesses doivent fournir leurs réponses au plus tard le 21 septembre 2012.

[37] Une ordonnance fixant l'échéancier modifié sera rendue, afin d'ajuster les dates pour la signification et le dépôt des documents, conformément aux directives prononcées le 7 septembre 2012.

PAR CONSÉQUENT, POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[38] La défenderesse, Air Canada, doit répondre aux questions A-17, R-17, A-85(i), R-14, A-33, R-4, U-42, R-2, A-53, A-30, A-31, A-49, A-65, A-66, A-67, A-68, A-69, A-70, A-72, A-92, A-93, U-31, A-13, A-27, A-89 et A-90, au plus tard le 21 septembre 2012.

[39] En ce qui concerne la question U-32, la défenderesse, Air Canada, doit remettre les renseignements en sa possession témoignant de sa compréhension de sa part du marché à un moment donné.

[40] Les défenderesses, United Continental Holdings, Inc, United Air Lines, Inc, et Continental Airlines Inc, doivent répondre à la question A-42, au plus tard le 21 septembre 2012.

[41] Comme le succès de la présente requête est partagé, les dépens suivront l'issue de la cause.

FAIT à Montréal, ce 14^e jour de septembre 2012.
SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Donald J. Rennie

AVOCATS :

Pour la demanderesse :

La commissaire de la concurrence
Jonathan Hood
Tara DiBenedetto

Pour les défenderesses :

Air Canada

Eliot N. Kolers
Mark E. Walli
James Wilson

United Continental, Inc, United Air Lines, Inc, Continental Airlines, Inc Randall
Hofley